
TEORIA DA INCONSTITUCIONALIDADE DO PROVIMENTO EM COMISSÃO PARA DESVINCULADOS DO SERVIÇO PÚBLICO

Marcos Roberto Gentil Monteiro, Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará, professor da Universidade Tiradentes, oficial de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.

Estes escritos possuem o escopo de interpretar o provimento em comissão à luz do sistema constitucional pátrio, que, conforme PAULO BONAVIDES, engloba a dimensão formal, integrada pelas normas que se encontram positivadas no ápice do ordenamento jurídico nacional, aliada à dimensão material, formada pelos valores suprapositivos que fundamentam a ordem jurídica constitucional brasileira.

Provimento em comissão, consoante o art. 37, II, da CF, é o ato de designação de alguém para titularizar cargo público, não dependente de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

(*) Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/98:

”Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”

(*) Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/98:

”II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;”

A hipótese que norteou a elaboração deste trabalho foi a de que, o provimento em comissão, destina-se, após o advento da Emenda Consti-

tucional n. 19, de 4-6-1998, que alterou a redação do inciso V, dentre outros, do art. 37, da Carta Magna, nas suas duas modalidades, funções de confiança e cargos em comissão, a servidores ocupantes de cargo efetivo e servidores de carreira, respectivamente, relacionados, às funções de chefia, assessoramento e direção, à exceção dos cargos ocupados por agentes políticos, em homenagem ao princípio democrático.

(*) Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/98:

”V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;”

Quanto à ocupação de funções de confiança, a possibilidade da-quele cujo provimento não se efetuou em razão de aprovação em concurso público é afastada, diante da interpretação simplesmente literal do dispositivo retromencionado, que exige do ocupante, expressamente, a condição de servidor ocupante de cargo efetivo.

Já uma interpretação sistêmica da Constituição, que exige uma interpretação não apenas formal de seus dispositivos, mas sobretudo, a integração dos valores que a fundamentam, tais como, Justiça e legitimidade, realizados pelos princípios normativos da Justiça social, democrático e os que disciplinam a atividade administrativa, qualifica como inconstitucional a designação de alguém para ocupar cargo em comissão, que não integre carreira administrativa.

O provimento em comissão no Brasil tem seu primeiro registro histórico na Carta do escrivão da frota de Cabral, desenvolve-se no período colonial, com a finalidade, inclusive, de povoamento do território, caiu nas graças da nobreza imperial, constitucionalizou-se na República, e, quando utilizado para escapar ao concurso público, envergonha a pátria, cotidianamente.

Não há mesmo como entender qualquer instituto jurídico, como leciona MICHEL MIAILLE, senão informado pela sua origem e evolução histórica.

A relação que se instaura entre autoridade nomeante e comissionado pouco evoluiu, e possui matriz histórica na relação entre metrópole e colônia dos tempos de antanho.

Com vistas à concretização do princípio da unidade da Constitui-

ção, dotando-a de coerência e sentido, imperativo é que as nomeações para a ocupação de cargos em comissão recaiam sobre aqueles que já titularizam cargo na Administração Pública, ressalvadas as exceções constitucionais relativas aos agentes políticos, não administrativos, portanto. Desta forma, atender-se-ia um plexo de dispositivos insertos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, tais como o artigo XXI. 2. “Toda pessoa tem igual direito de acesso ao serviço público de seu país.”, que pela norma de integração constante no § 2º, do art. 5º, da CF, encontra-se compondo a Carta Política, bem como cumprir-se-ia, efetivamente, um texto constitucional que se autoproclama “Democrático de Direito”.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

A nomeação para ocupação de cargo em comissão, daquele não aprovado em concurso público, colide frontalmente com os princípios constitucionais que devem presidir a Administração Pública de qualquer dos poderes de qualquer ente federativo, incertos no *caput* do art. 37 do texto constitucional.

Com efeito, é preciso levar em conta a carga axiológica que fundamenta a vigente Constituição. Como preleciona GIORGIO DEL VECCHIO, Direito é a coordenação objetiva das várias condutas possíveis entre vários sujeitos, segundo um princípio ético que as determina. Vê-se, portanto, que a nomeação discriminatória daquele que escapou ao concurso público apresenta-se oposta ao princípio da moralidade.

De igual forma, o princípio da impessoalidade é desobedecido quando se instaura entre autoridade nomeante e demissível *ad nutum* vínculo de natureza subjetiva, pessoal.

O princípio da eficiência também é desrespeitado, diante de tais nomeações, visto que se encontram colidindo com seus objetivos de racionalização e profissionalização do serviço público, máxime nesta conjuntura de escassez de recursos financeiros que assola o Estado brasileiro.

No caso particular dos cargos portadores de fé pública, os que têm por função certificar situações dos administrados perante a Administra-

ção Pública, a inconstitucionalidade é ainda mais danosa ao corpo social, diante da responsabilidade civil objetiva do Estado, art. 37, § 6º, bem como do direito individual de obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal, consoante o art. 5º, XXXIV, b).

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

A nomeação de parentes e apadrinhados políticos para o exercício de cargos em comissão, unicamente pelo critério da confiança da autoridade nomeante, colide frontalmente com vários dispositivos constitucionais pátrios, fundamentados no princípio da igualdade: preâmbulo, art. 3º, IV, art. 5º, *caput*, art. 19, III.

PREÂMBULO

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

III - CRIAR DISTINÇÕES ENTRE BRASILEIROS OU PREFE-

RÊNCIAS ENTRE SI.

De fato, a única razão de ser da instituição estatal, conforme ARISTÓTELES, é a promoção social dos mais carentes, é a redução das desigualdades sociais através das políticas públicas de educação, saúde, emprego, habitação. A nomeação para ocupação de cargos em comissão daqueles que escapam ao concurso público age de modo inverso, acentua as desigualdades sociais, agravando o desastroso quadro relativo à injustiça social no Brasil.

A previsão constitucional de provimento em comissão, à exceção dos agentes políticos, resulta da não realização das “condições ideais de comunicação” habermasianas, de que resulta, sinteticamente, o direito de participação no processo de elaboração das normas jurídicas por todos aqueles que serão afetados pelas disposições normativas.

Com efeito, somente assim se pode qualificar uma norma jurídica de legítima. Ora, numa pátria onde a quantidade de analfabetos e semi-analfabetizados, acrescidos aqueles desprovidos de qualquer consciência política, dificulta enormemente a construção de uma cidadania participativa, historicamente, o princípio democrático é sobremaneira prejudicado.

Nas Constituições das nações cujo estágio da ciência constitucional afasta-se do formalismo esvaziador, aproximando-se da efetiva concretização da dignidade da pessoa humana, tais como a portuguesa e a alemã, obedece-se rigidamente o acesso igualitário ao serviço público, excetuadas as discriminações que resultem do princípio democrático.

A verdadeira “reforma administrativa”, rumo à racionalização do serviço público, seria a despoluição da Administração Pública desse mar de nepotismo, corrupção e ineficiência, o que poderia resultar, sem dúvida, em melhor remuneração para os servidores ocupantes de cargo efetivo, que receberiam gratificação por ocupar funções de “chefia, assessoramento ou direção”. Será que, realmente, não é possível aos agentes políticos encontrarem, dentre os servidores de carreira, quem seja de sua confiança para prover os cargos em comissão, ou são de outra natureza os interesses inconfessáveis?

Urge o momento em que o Brasil necessita deixar de ser “o país do futuro”, assumindo a tarefa de transformar-se, posto que as gerações futuras apenas poderão desfrutar melhores dias a depender das modificações introduzidas no presente. É preciso, de há muito, concretizar as garantias incertas na Constituição, migrando esse país, definitivamente,

do ideal para o real.

Esses escritos objetivam a reflexão por parte de autoridades nomeantes, ocupantes de cargo em comissão que não ocupam cargo efetivo, em uma ponta, e desempregados, que possuem a porta constitucional do concurso público fechada, de certa forma, em virtude de um sem número de nomeações de servidores que dificultam o acesso igualitário ao serviço público da maioria, bem como por parte dos órgãos responsáveis pela defesa da ordem jurídica e das instituições democráticas, da sociedade como um todo, enfim. Se tal reflexão puder encontrar algum fundamento nesse trabalho, tal já restará completamente recompensado.

Sob o ponto de vista pedagógico há um outro ângulo de observação. As novas gerações de discentes devem pautar-se pelo árduo caminho do conhecimento, a fim de galgar posições no cada vez mais competitivo mercado de trabalho, através da aprovação nos cada vez mais concorridos concursos públicos, ou devem os que não possuem parentesco com autoridades das esferas de governo, aproximar-se desses, com vistas a uma futura nomeação para o exercício de um cargo em comissão? As consequências dessa escolha poderão determinar o futuro da Administração Pública no Brasil, e bem poderão contribuir para a realização dos objetivos da República de diminuição das desigualdades sociais, bem como da promoção do bem de todos, vedadas discriminações de qualquer natureza, que não as previstas no texto constitucional.

BIBLIOGRAFIA

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco* em “Os Pensadores”. V. 4. 1. ed. São Paulo: Abril, 1973.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

Constituição da República Federativa do Brasil. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. 5. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

MAILLÉ, Michel. *Introdução crítica ao Direito*. 2. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1994.